

TESE: DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO – CRITÉRIOS E CASUÍSTICA

Guilherme Guimarães Feliciano*

Resumo: A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho já não pode mais se circunscrever ao modelo liberal e estático dado pelos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, especialmente em razão dos direitos materiais que freqüentemente estão em jogo nos conflitos laborais. É imperioso construir um outro modelo, de distribuição dinâmica do ônus probatório, que considere as circunstâncias concretas de cada caso e a natureza dos interesses resistidos. Nessa ordem de idéias, a jurisprudência universal vem consagrando inversões do ônus da prova em hipóteses de discriminação no trabalho, de atentados ao meio ambiente laboral, de violações à privacidade do trabalhador e de assédio moral ou sexual.

Palavras-chave: Ônus da prova. Processo do trabalho. Inversões do ônus da prova. Discriminação. Meio ambiente do trabalho. Princípio da proporcionalidade.

Abstract: The distribution of the burden of proof into labour proceedings can not be anymore circumscribed in the static and libe-

* **GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO**, Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, é Livre Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Coordenador do Curso de Especialização «*Lato Sensu*» em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Taubaté. Professor Assistente do Curso de Especialização «*Lato Sensu*» em Direito Processual Civil (2006-2007) e em Direito Civil (2008-2009) da Escola Paulista da Magistratura (EPM/APAMAGIS). Membro do Conselho Editorial da Revista ANAMATRA-FORENSE “Direito e Processo”. Membro do Conselho Editorial da EMATRA-XV (Escola de Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região (2007-2009), tendo integrado, nos dois biênios anteriores, a Subcomissão de Doutrina Internacional e a Subcomissão de Trabalhos do Meio Científico. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo *Boletim* foi editor-chefe entre 1997 e 2002. Autor de teses e monografias jurídicas, a saber: *Direito à Prova e Dignidade Humana*, São Paulo, LTr, 2007; *Tópicos Avançados de Direito Material do Trabalho*, v. I e II, São Paulo, Editora Damásio de Jesus, 2006; *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, São Paulo, LTr, 2005; *Informática e Criminalidade*, Ribeirão Preto, Nacional de Direito, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2001; *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, São Paulo, LTr, 2000.



ral model given by the brazilian procedural federal acts (article 818/CLT and article 333/CPC), especially because of the civil rights commonly involved in labour conflicts. It is necessary to construct another model, with a kind of dynamic distribution of the burden of proof, pondering the concrete circumstances and the nature of the interests in each fall. In that order of ideas, the courts around the world have adopted inversions in the discharge of the burden of proof in cases of discrimination at work, attempts against the labour environment, violations on the privacy of the employees and mobbing or sexual harassment.

Sumário: 1 Introdução; 2 A inversão do ônus da prova no processo laboral; Casuística; 3 Conclusões; 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A regra do art. 818 da CLT é obsoleta, reproduzindo máxima que os romanos já empregavam no processo formulário (final da República romana, século II a.C.). Já as regras do art. 333 do CPC consubstanciam a teoria das normas jurídicas de ROSENBERG, que pretendeu distribuir o ônus da prova conforme a textura da norma jurídico-material a amparar as pretensões (meados do século XX). Ambas são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, em via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais. Não por outra razão, a própria jurisprudência do C.TST encaminha-se no sentido de relativizar o “*standard*” do art. 333/CPC (Súmulas 212, 338, O.J./SDI-1 233, etc.), em conformidade com a característica da lide e o objeto do processo. Daí porque, no processo do trabalho, deve prevalecer a teoria da distribuição dinâ-

mica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada, mas sem as peias dos arts. 818/CLT e 333/CPC (que servem, apenas, como modelos residuais).

Para tanto, pode-se recorrer a modelos alternativos já consagrados pela doutrina alienígena, como as constelações de indícios, a «*Anscheinsbeweis*» (verossimilhança), as funções mesmas do processo (princípio da instrumentalidade) e, notadamente, a questão dos direitos fundamentais que estão em jogo no processo (ponderação harmônica HESSE). Diante disso, se o “*standard*” fundamental (art. 333/CPC) não será seguido, é mister informar as partes, para evitar alegações de nulidade (princípio da não-surpresa, corolário dos princípios do contraditório e da ampla defesa); donde se concluir, “*a fortiori*”, que as regras de repartição do ônus da prova funcionam, no processo do trabalho, não apenas como regras de julgamento, mas também – e sobretudo – como regras de procedimento.

2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO LABORAL. CASUÍSTICA

Como visto, tanto a regra do art. 818 da CLT como as regras do art. 333 do CPC são obsoletas para o processo do trabalho. A primeira reproduz máxima que os romanos já empregavam no processo formulário (final da República romana, século II a.C.). As segundas, por sua vez, reproduzem a *teoria das normas jurídicas* de ROSENBERG (Leo Rosenberg, «*Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*», 1956), que pretendeu distribuir o ônus da prova conforme a textura da norma jurídico-material a amparar as pretensões. Ambas são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, em via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais.

Evidência disso é que a própria jurisprudência do C. TST tem se encaminhado no sentido de relativizar o *standard* do art. 333/CPC (Súmulas 212, 338, O.J./SDI-1 233, etc.), em conformidade com a característica da lide e o objeto do processo. Daí porque, no processo do trabalho, deve prevalecer a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada, mas sem as peias dos arts.

818/CLT e 333/CPC (que servem, apenas, como modelos residuais – especialmente o último, que confere alguma *racionalidade* à regra inerme do primeiro preceito). Para tanto, o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos já consagrados pela doutrina alienígena, como são a tecnologia das constelações de indícios (*Legge* n. 05/1991), a tecnologia alemã da «*Anscheinsbeweis*» (prova por verossimilhança), as funções mesmas do processo (aplicação do princípio da instrumentalidade à distribuição do ônus da prova) e, notadamente, o

contexto jusfundamental, i.e., a consideração dos direitos fundamentais que estão em jogo no processo (ponderação harmônica – KONRAD HESSE).

Nesse particular, tem especial interesse o problema das **inversões do ônus da prova** no processo la-

boral. E, a esse propósito, interessa desde logo isolar as quatro classes de ações em que o mecanismo se impõe, à luz da própria doutrina e jurisprudência vanguardistas. São elas:

(a) as ações judiciais que denunciam discriminações (em geral e nas relações de trabalho);

(b) as ações judiciais que denunciam os atentados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no âmbito trabalhista, as graves violações aos deveres patronais de manutenção de um meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico;

“Como visto, tanto a regra do art. 818 da CLT como as regras do artigo 333 do CPC são obsoletas para o processo do trabalho. A primeira reproduz máxima que os romanos já empregavam no processo formulário. As segundas, por sua vez, reproduzem a *teoria das normas jurídicas* de ROSENBERG que pretendeu distribuir o ônus da prova conforme a textura da norma jurídico-material a amparar as pretensões...”

(c) as ações judiciais que denunciam atos de violação da privacidade e da intimidade da pessoa humana (em geral e nas relações de trabalho);

(d) as ações judiciais que denunciam assédio sexual e/ou assédio moral (*mobbing*).

O primeiro grupo de ações abrange, como visto, os casos de discriminação no mundo do trabalho. Talvez sejam, mesmo, os mais numerosos. Mas o sistema internacional de direitos humanos profliga toda e qualquer discriminação injustificada.¹ Nos termos do art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem,

[...]todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a

presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Já no imo das relações de trabalho, a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (Genebra, 1958) dispõe que o termo «discriminação» compreende, naquele contexto,

[...]toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, na-

cionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão” (art. 1º, 1, “a”); ou ainda “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão” (art. 1º, 1, “b”).

Nessa ordem de idéias, com vistas a otimizar os efeitos da tutela processual do direito ao tratamento isonômico, são recorrentes – pela via legislativa, jurisprudencial ou doutri-

nária – as teses de inversão do ônus da prova nos processos que denunciam tratamentos discriminatórios.

No direito positivo comparado, atente-se para o art. 23º, 3, do Código do Trabalho português (Lei n. 99/2003), que dispõe:

Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considere discriminado, **incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no nº 1** (g.n.).²

E, na jurisprudência comparada, releva mencionar o paradigmático *case McDonnell Douglas*

...Ambas são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e intuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, em via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais.”

¹ E, já por isso, o artigo 1º, 2, da Convenção n. 111 da OIT registra que “qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação” (= «discriminações justificadas»). Grifos nossos.

² Os fatores do n. 1 são: “[...] ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical”.

Corp. v. Green (1973), no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu, em caso de discriminação racial, caber ao réu, *prima facie*, a prova da não-discriminação, à vista dos elementos incontroversos predispostos nos autos.³ Com efeito,

*[...]the burden then must shift to the employer to articulate some legitimate, non discriminatory reason for the employee's rejection. We need not attempt in the instant case to detail every matter which fairly could be recognized as a reasonable basis for a refusal to hire. Here petitioner has assigned respondent's participation in unlawful conduct against it as the cause for his rejection. We think that this suffices to discharge petitioner's burden of proof at this stage and to meet respondent's prima facie case of discrimination.*⁴

O segundo grupo de ações liga-se ao tema do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da CRFB⁵); e, nesse contexto, ao meio ambiente do trabalho, consagrado na Constituição brasileira como

manifestação do meio ambiente humano (*ut* art. 200, VIII). Como antecipado (supra), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é também um direito fundamental da pessoa humana⁶, imanente ao rol de direitos humanos de terceira geração.⁷ Tratando-se, porém, de um interesse aprioristicamente difuso (art. 81, par. único, I, da Lei n. 8.078/1990), sua tutela processual reclama um procedimento diferenciado, como se dá no Brasil (Lei n. 7.347/1985), na França (Lei 88-14, de 05.01.1988, alterada pela Lei 92-60, de 18.01.1992) e em Portugal (art. 52º, n. 3, da Constituição portuguesa), entre outros.

Nessa ensanча, é importante reconhecer, com MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que

[...]a superação, no âmbito processual, do «paradigma individualista» (na expressão de CAPPELLETTI e GARTH) torna-se imperiosa quando o objecto da tutela jurisdicional são os chamados interesses difusos. [...] A garantia desses interesses supra-individuais exige quadros pro-

³ Tais elementos eram, essencialmente, a origem étnica do autor, a sua vasta qualificação profissional e a inexplicável recusa ao emprego. «*In verbis*»: “*This may be done by showing (i) that his belongs to a racial minority; (ii) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (iii) that, despite his qualifications, he was rejected; (iv) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant's qualifications*”.

⁴ In Robert Belton, Dianne Avery, *Employment Discrimination Law: cases and materials on equality in the workplace*, 6ª ed., St. Paul, West Group, 1999, pp.79-80 (g.n.).

⁵ Para o caso português, que oferece uma curiosa formulação nessa matéria (direito a um ambiente de vida “humano”, i.e., sob o prelado da dignidade humana), confira-se o artigo 66º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁶ Cfr., por todos, José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p.44. “*In verbis*”: “*O que é importante [...] é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente*”.

⁷ Cfr., por todos, Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, pp.6-7. “*In verbis*”: “*Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo que esses últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas*”.

cessuais diferentes daqueles que são apropriados à tutela dos interesses individuais.⁸

O professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa cinge-se, nesse ínterim, aos aspectos da legitimidade ativa *ad causam*, dos poderes do tribunal e dos efeitos da coisa julgada; mas, a par dessas importantes nuances, impende discutir, também, o problema da prova nesses processos (fase instrutória) e, notadamente, o dos critérios de repartição do ônus da prova (inclusive a inversão).

Nessa linha, vários autores já sustentam, no Brasil, a **inversão do ônus da prova** em matéria de sinistros no meio ambiente do trabalho. Veja-se, por todas, a obra de JOSÉ CAIRO JR., para quem o contrato de trabalho subordinado possui, em todos os casos, uma **cláusula tácita de incolumidade** (tal como a já reconhecida pelo STF em matéria de transportes, ou aquelas apontadas pela jurisprudência dos Estados em tema de prestação de serviços de estacionamento). Essa cláusula seria inerente ao conteúdo mínimo legal do contrato de trabalho e constituiria, por si só, o fundamento maior da responsabilidade civil do empre-

gador pelos danos causados ao trabalhador, mesmo nos sinistros involuntários (art. 7º, XXVIII, da CRFB). Logo, tratar-se-ia de **responsabilidade contratual** (= cláusula contratual implícita), ao contrário do que pregam as teses dominantes ao entreverem responsabilidade civil aquiliana (arts. 186 e 927 do NCC). Conseqüentemente, em face da obrigação contratual de cautela do empregador, **inverter-se-ia o ônus da prova** em todo sinistro laboral com vítima humana, cabendo ao contratante fazer prova cabal da culpa exclusiva da vítima, do caso fortuito ou da força maior (únicas hipóteses que, para CAIRO JR., isentar-lhe-iam de responsabilidade).⁹

No terceiro grupo, tutelam-se a intimidade e a vida privada com a proibição e o descarte das provas ilícitas obtidas mediante violações de correspondência ou interceptações telefônicas e telemáticas ilegais¹⁰ (art. 5º, XII e LVI, da CRFB) – mas sem perder de vista, em todo caso, os abrandamentos que derivam da aplicação processual do princípio da proporcionalidade¹¹ (particularmente valioso para o processo penal e, no que couber, para o processo do traba-

⁸ Miguel Fernando Pessanha Teixeira de Sousa, “A protecção jurisdicional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais”. In: http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9256_1_0001.htm (acesso em 18.06.2004).

⁹ Cfr. José Cairo Jr., *O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*, São Paulo, LTr, 2003, p.69-73 e p.92.

¹⁰ No Brasil, são ilegais as interceptações telefônicas e telemáticas que contrariam as disposições da Lei n. 9.296, de 24.07.1996 (“regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal”).

¹¹ O princípio da proporcionalidade, especialmente cultuado nas jurisprudências alemã e norte-americana (sob a designação “*Verhältnismäßigkeitsprinzip*” ou “*exclusionary rule*”, respectivamente), tem aplicações concretas no Direito material (p. ex., nas colisões de direitos fundamentais) e no Direito processual. Quanto a ambos os aspectos, cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, *Direito à Prova e Dignidade Humana*, São Paulo, LTr, 2007, pp.54-85. Em matéria processual penal, o princípio inspirou, no Brasil, a *Súmula n. 50* das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que admite o aproveitamento da prova ilícita, quando **indispensável** para o exercício do direito de defesa do réu.

lho – assim, e.g., nos dissídios que envolverem lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais de dignidade comparável à liberdade corporal-espacial, como nas ações que discutem interdição de estabelecimento em função de riscos graves e iminentes para a saúde e a integridade dos trabalhadores).¹²

Enfim, com relação ao assédio sexual e ao assédio moral (quarto grupo de ações), diga-se, à saída, que a primeira figura já está positivada no Direito Penal brasileiro, *ut art. 216-A do Código Penal*.¹³

Já a segunda ainda carece de posituação, mas têm sido definida, no âmbito das relações de trabalho, como

[...] toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psi-

quica de uma pessoa, pôr em perigo o seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.¹⁴

São práticas que violam, respectivamente, o direito à livre determinação sexual e o direito à tranquilidade psíquica, ambos fundamentais, secundando o princípio da dignidade humana. Desse modo, a denúncia de tais práticas, nas esferas civil e trabalhista, reclama especiais cuidados quanto à direção do processo. Impende considerar a inversão do ônus da prova, também aqui, quando a prova do assédio tornar-se excessivamente difícil

para o autor (assim, e.g., quando o molestamento ocorre nos domínios do réu – como em seu domicílio ou na sua empresa – e todas as testemunhas disponíveis são parentes ou empregados). Esse encaminhamento já tem ecos no direito e na literatura estrangeiras¹⁵ e possui os mesmos baldrames da tese perfilhada para o

“Impende considerar a inversão do ônus da prova, também aqui, quando a prova do assédio tornar-se excessivamente difícil para o autor (assim, e.g., quando o molestamento ocorre nos domínios do réu – como em seu domicílio ou na sua empresa – e todas as testemunhas disponíveis são parentes ou empregados).”

¹² Cfr. artigo 161, *caput*, da CLT. A matéria passa a ser de competência da Justiça do Trabalho após a EC n. 45/2004, *ut* artigo 114, VII, da CRFB. Cfr., por todos, Guilherme Guimarães Feliciano, “Sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de Direito Administrativo sancionador”, in *Revista Trabalhista ANAMATRA - Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, v. 14 (abril-junho), pp. 90-115.

¹³ Artigo 216-A, *caput*, do CP: “Constranger alguém com o intuito de conseguir vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

¹⁴ Marie-France Hirigoyen, *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, trad. Maria Helena Kühner, 5. ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002, p.65.

¹⁵ Na Espanha, “M. LORENTE ACOSTA y J. A. LORENTE ACOSTA reparan respecto a las conductas de acoso sexual que éstas, por su naturaleza y al relacionarse estrechamente con lo privado, determinan que **la conducta acosadora sea difícilmente probada**, siendo comportamientos que son «fácilmente utilizables como chantaje». Así, pues, **la principal dificultad con la que nos encontraremos dentro de un proceso de este tipo es probar las acusaciones de acoso**; es decir, las conductas concretas cometidas por el empresario y/o los compañeros del acosado y que son causa de la imposibilidad de seguir desempeñando el trabajo por el desgaste físico y psicológico que provocan en el actor. Precisamente por la dificultad que existe para probar estos hechos la Proposición de Ley del derecho a non sufrir acoso moral en el trabajo del Grupo Socialista [...] **proponía en los supuestos de acoso moral la inversión de la carga de la prueba**, de manera que **correspondiera al demandado probar la inexistencia de conductas de acoso moral**” (María Dolores Rubio de Medina, *Extinción del*

grupo anterior. É recomendável, contudo, sempre trazer à luz algum indício do assédio (rigor evidente, queda involuntária de produção, tratamento diferenciado, etc.); se todas as descrições indiciárias forem negadas e não houver um elemento sequer que as corrobore, a narrativa torna-se fantasiosa e, nesse caso, inverter o ônus da prova significará impor, sem mais, a condenação, em afronta ao devido processo legal.¹⁶ Já não é assim nos casos clássicos de discriminação, em que as próprias circunstâncias objetivas da relação, tal como consolidadas e reproduzidas, são indiciárias do problema.¹⁷

3 CONCLUSÕES

Pelo exposto, conclui-se que a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho não está adstrita à interpretação corrente do art. 818 da CLT, nem tampouco à sistemática do art. 333 do CPC, que reproduz a antiga teoria das normas de ROSENBERG e perfaz tão-só um *standard* de repartição, de caráter residual, que deve ser preterido quando subsistirem elementos bastantes para uma distribuição fundamentada do *onus probandi*, sobretudo na perspectiva dos direitos fundamentais em debate.

contrato laboral por acoso moral – mobbing, Barcelona, Bosch, 2002, p.45). Na França, entende-se que “l’article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établit les faits qui permettent de présumer de l’existence d’un harcèlement. [...] Au vu de ces éléments, il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés par des motifs étrangers à tout harcèlement” (Isabelle Bourkhris, “La preuve et le harcèlement moral”, in <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html> (acesso em 23.12.2005 —g.n.). Em Portugal, o Código do Trabalho define o assédio «in genere» como “todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n.º 1 do artigo anterior, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador” (artigo 24.º, 2); especifica o assédio sexual no n.º 3 (“comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior”), sem o elemento subjetivo do injusto que o qualifica no Brasil (= intuito de obter favor sexual); e, para mais, **equipara** todo assédio à **discriminação** do artigo 23.º. Logo, alegada e fundamentada a circunstância de assédio (moral ou sexual), incumbe ao empregador provar que não há tratamento diferenciado (artigo 23.º, 3).

¹⁶ Convergimos, dessarte, para a orientação francesa dominante. E, não por outra razão, a *Cour d’appel de Lyon* (França) decidiu, em 11.03.2003, “qu’à partir du moment où la dégradation des conditions de travail avait concerné l’ensemble du personnel, et qu’aucun fait précis concernant directement le salarié n’a été établi, le harcèlement moral n’était pas caractérisé” (g.n.). No mesmo sentido, decidiu a *Cour de Cassation* em 03.04.2003. Cfr., ademais, Anne Orsay, “La notion de harcèlement moral trois ans après l’adoption de la loi du 17 janvier 2002”, in http://64.233.161.104search?q=cache:b3KOru7EYOwJ:www.spirituellement.infojack_paloque/dossiers+dossiers.php%3Fid_dossier%3D70+%22harc%C3%A9lement%22%22charge+de+la+preuve%22&hl=pt-BR (acesso em 23.12. 2007).

¹⁷ Daí porque, ante a rejeição do projeto de lei socialista que regulava o assédio moral, RUBIO DE MEDINA noticiou que “la SJS [Sentencia Juzgado de lo Social] Algeciras, Cádiz 28.1.2002 señala respecto al acoso que no existe inversión de la carga de la prueba, salvo en el supuesto que se aleguen las circunstancias previstas en el art. 96 LPL [Ley de Procedimiento Laboral]; es decir, será cuando el acoso moral e vincule con la discriminación por razón de sexo” (op.cit., p.48). Com efeito, estando presentes fatores históricos de discriminação como cor, raça, gênero ou religião, os indícios de assédio deixam de ser necessários, ao menos do ponto de vista da segurança jurídica insita às presunções “*legis*” ou “*hominis*”. Mas, ainda na ausência desses fatores históricos, parece-nos que a admissão de indícios objetivos (que não provam, em absoluto, o assédio) para fins de acometer ao réu o ônus da prova configura, da mesma forma, *inversão* do “*onus probandi*”, já que não se trata propriamente de *contraprova*. Imagine-se, p. ex., ter alegado certo balconista que, à diferença dos demais, era “escalado” para comprar os cigarros do gerente todas as manhãs, o que lhe causava humilhação e desgosto; o fato, admitido pelo empregador, não prova, por si mesmo, qualquer assédio, mas já é o bastante para atribuir-lhe “ao réu” o ônus de provar que a “escalação” não era maldosa, não causava constrangimentos, era consentida, etc. A rigor, *inverteu-se* o ônus dessa prova...

Assim, prevalece no processo do trabalho a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que deve levar em conta aspectos como a verossimilhança das alegações, as constelações de indícios, as funções do processo (instrumentalidade) e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão. Em face dessa característica, a própria garantia do contraditório e da ampla defesa impõe que a repartição do ônus da prova seja esclarecida às partes, no momento oportuno, caso não se observe o *standard* legal (arts. 818/CLT e 333/CPC). E, já por isso, tais regras de repartição, no processo do trabalho, não são apenas regras de julgamento, mas também regras de procedimento.

4 REFERÊNCIAS

BELTON, Robert; AVERY, Dianne. **Employment discrimination Law: cases and materials on equality in the workplace**. 6th ed. St. Paul: West Group, 1990.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURKHRI, Isabelle. **La preuve et le harcèlement moral**. Disponível em: <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcèlement-moral,981.html>. Acesso em 3.12.2005.

CAIRO JÚNIOR, José. **O acidente do trabalho e a responsabilidade**

civil do empregador. São Paulo: LTr, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de Direito Administrativo sancionador. In: **Revista Trabalhista ANAMATRA: Direito e Processo**, Rio de Janeiro, v.14, abr./jun. 2005.

_____. **Direito à prova e dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito Processual Ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Trad. Maria Helena Kühner. 5, ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ORSAY, Anne. **La notion de harcèlement moral trois ans après l'adoption de la loi du 17 janvier 2002**. Disponível em http://64.233.161.104/search?q=cache:b3KOru7EYOwJ:www.spirituellement.info/jack_paloque/dossiers/dossiers.php%3Fid_dossier%3D70+%22harc%C3%A9lement%22%22charge+de+la+preuve%22&hl=pt-BR. Acesso em 23.12.2005.

“...prevalece no processo do trabalho a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que deve levar em conta aspectos como a verossimilhança das alegações, as constelações de indícios, as funções do processo (instrumentalidade) e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão.”

RUBIO DE MEDINA, María Dolores. **Extinción del contrato laboral por acoso moral: mobbing**. Barcelona: Bosch, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUSA, Miguel Fernando Pessanha Teixeira de. **A protecção jurisdicional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais**. Disponível em: http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9256_1_0001.htm. Acesso em 18.06.2004.